

RDUS

Revue de DROIT
UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE

Titre : JURISPRUDENCE ET SÉCURITÉ JURIDIQUE : UNE PERSPECTIVE CIVILISTE

Auteur(s) : Charlotte LEMIEUX

Revue : RDUS, 1998-1999, volume 29, numéro 1-2

Pages : 223-243

ISSN : 0317-9656

Éditeur : Université de Sherbrooke. Faculté de droit.

URI : <http://hdl.handle.net/11143/12730>

DOI : <https://doi.org/10.17118/11143/12730>

Page vide laissée intentionnellement.

JURISPRUDENCE ET SÉCURITÉ JURIDIQUE : UNE PERSPECTIVE CIVILISTE

par Charlotte LEMIEUX*

SOMMAIRE

INTRODUCTION	225
I - FACTEURS D'APPARENTE SÉCURITÉ JURIDIQUE	229
A. La séparation des pouvoirs	229
B. L'indépendance et l'inamovibilité des juges	230
C. La règle du précédent	231
D. La chose jugée ou <i>res judicata</i>	232
E. L'obligation de motiver les jugements	233
II - FACTEURS D'INSÉCURITÉ JURIDIQUE	234
A. La règle du précédent	234
B. La loi interprétative	237
C. Les Commentaires du ministre de la Justice	239
D. L'inaccessibilité des jugements	240
E. Le problème plus général de l'interprétation	241
CONCLUSION	243

*, Avocate et professeure à la Faculté de droit de l'Université de Sherbrooke.

INTRODUCTION

Bien que chaque État réponde à un droit qui lui est propre, il arrive que «divers droits soient appliqués concurremment à l'intérieur d'un même État».¹ C'est le cas au Canada, où la *common law* gouverne les provinces anglo-saxonnes, tandis que droit civil et *common law* gouvernent simultanément le Québec. À l'intérieur du Canada toutefois, une nette division territoriale sépare les provinces de *common law* et la province de droit hybride que constitue le Québec. Pour sa part, notre droit québécois a la difficile particularité de reposer sur deux fondations différentes, qui constituent chacune un des grands systèmes de droit contemporain : le droit civil, régissant les rapports des citoyens entre eux et avec leurs biens, et la *common law*, régissant le reste. Cette double assise juridique est par essence différente de l'habituelle opposition entre droit public et droit privé (qui est inhérente à la plupart des juridictions monolithiques), en ce qu'elle met en cause une dualité plus fondamentale : si droit public et droit privé ont l'habitude de se côtoyer sans s'opposer à l'intérieur de nombreuses juridictions, *common law* et droit civil appartiennent à des familles de droit radicalement différentes, la première formant un système à elle seule et le second relevant du droit romano-germanique, qui a justement été élaboré en vue de régler les rapports entre les citoyens.

Certes, la distinction entre ces deux grands systèmes de droit a été maintes fois établie, soulignée, décrite et commentée. Mais il arrive à de lumineuses distinctions théoriques de s'obscurcir devant la trouble réalité québécoise, à la fois si riche et si complexe. Ainsi, la coexistence des droits civil et de *common law* au Québec nous paraît poser des problèmes concrets que la théorie occulte, et des problèmes théoriques que la pratique ignore. La situation actuelle, dont nous éviterons de rappeler le germe historique et politique, ne peut malheureusement répondre à aucune simplification.

Comme résultat, cette promiscuité peut être à la fois source de confusion et source d'enrichissement, puisque les deux systèmes, en s'imprégnant l'un de l'autre, sont susceptibles de perdre leurs caractéristiques et leurs fondements

1. R. David et C. Jauffret-Spinozi, *Les grands systèmes du droit contemporain*, 10^e éd., Paris, Précis Dalloz, 1992 à la p. 13.

logiques, mais de gagner du même souffle un mode de pensée unique. Le bilan des gains et des pertes ne relève pas de notre étude, mais son urgente nécessité mérite d'être soulignée.

Dans une juridiction soumise à des droits divers, qui non seulement cohabitent mais qui, par la force des choses et du temps, finissent même par se superposer, une partie de la difficulté réside dans la distinction entre ce qui relève du droit civil et ce qui relève de la *common law* (par exemple : à quel droit appartiennent les lois issues du législateur québécois? Comment traiter le droit administratif québécois?² Comment interpréter le droit civil?). Il est admis que la jurisprudence des tribunaux administratifs relève de la *common law*, et que celle des tribunaux civils relève du droit de tradition civiliste, donc de la famille romano-germanique.

Outre ce problème de classification, dont il ne faut pas oublier les conséquences réelles, la pluralité de notre droit impose aux juges un rôle concrètement pluriel. En effet, les mêmes juges siègent tantôt en droit civil, tantôt en *common law*, ce qui peut favoriser la perméabilité de leurs jugements en les pliant à des ascendants juridiques contraires, et influencer tant la création qu'ils font (façon qu'ont les juges de rendre leurs jugements) que la perception qu'ils ont (façon de considérer ceux rendus par d'autres) de la jurisprudence. Bref, la façon de rendre jugement et la façon de considérer les jugements déjà rendus sont liées au caractère mixte du droit québécois.

Nous constatons qu'au Québec, le droit comparé se pratique à l'intérieur d'une même juridiction. Devrait-il se pratiquer davantage, de façon que les juristes comprennent et maintiennent, malgré les difficultés particulières que cet état de choses soulève, la distinction essentielle entre droit civil et *common law*? Devrions-nous au contraire ignorer la distinction et continuer d'entremêler les genres, même cette ignorance délibérée risque de constituer une source supplémentaire d'insécurité juridique par la jurisprudence croisée qui en est issue? En effet, la fluidité que le droit comparé apporte à la jurisprudence peut être source d'insécurité, puisque le recours aux sources étrangères, même quand elles

2. Voir à ce sujet la réponse de madame la juge L'Heureux-Dubé dans l'arrêt 2747-3174 *Québec inc. c. Québec (Régie des permis d'alcool)*, [1996] 3 R.C.S. 919.

relèvent de la même famille de droit, peut confiner à l'imprévisible (quelle jurisprudence?) et à l'arbitraire (quand y recourir?) :

«Ce qui est édicté, écrit, jugé dans un autre pays, de même structure et de même tradition que le nôtre, peut influencer sur la manière dont le droit de notre pays sera expliqué, interprété, et parfois renouvelé en dehors même de toute intervention du législateur. [...] Il est manifeste que les arrêts de la Cour de Cassation ou du Conseil d'État français ont fréquemment déterminé la jurisprudence en maints pays étrangers où l'on était disposé à regarder le droit français comme un modèle [...]»³

C'est ainsi que le droit civil québécois, qui a souvent recours au droit français dont il partage les racines, a également recours au droit de *common law* dans l'usage ambigu qu'il fait de la jurisprudence

Pour l'instant, rien n'indique que la comparaison doctrinale des droits à l'intérieur même du Québec soit plus nocive que celle qui se fait entre États de souche juridique différente. C'est ce que nous avons à l'esprit en examinant, sans tenter de les réconcilier, la jurisprudence québécoise des tribunaux de droit civil et celle des tribunaux de droit administratif, sous l'angle de la confiance qu'elles peuvent toutes deux engendrer.

Même si le terme de confiance légitime est surtout utilisé par la Cour de justice des communautés européennes, la notion qu'il évoque est voisine d'un principe plus large, celui de la sécurité juridique, que le droit québécois entend respecter en dépit de ses contours assez flous :

«C'est une notion très vague. Elle a de surcroît une connotation psychologique, qui la rend malaisée à cerner. Et même si l'on pouvait s'accorder par convention sur une définition, il resterait à déterminer si cette notion peut être univoque. Car l'idée de sécurité n'est sans doute pas perçue de la même façon par le juge qui fait la jurisprudence, par le juriste pour qui c'est un instrument de travail, par le justiciable qui la subit ou qui en tire profit.»⁴

3. David, *supra* note 1 à la p. 6.

4. D. Foussard, «Rapport de synthèse» dans *Sécurité du droit et jurisprudence*, Entretiens de Nanterre, J.C.P., suppl. n° 6, Édition Entreprises, 1990 à la p. 17.

La définition même de ce qu'est la sécurité du droit fait problème; toutefois, le moyen dénominateur de toutes les définitions envisagées semble se trouver dans l'idée de certitude et de prévisibilité du droit. L'auteur a raison de suggérer, et c'est particulièrement vrai dans le cadre d'un litige, que le justiciable tirant profit de la sécurité du droit verra par ailleurs son adversaire la subir : sécurité pour le premier, elle signifiera statisme et rigidité pour le second. Sans remettre en cause le principe même de la sécurité juridique, il convient de se rappeler qu'une fois mesuré à l'aune de la jurisprudence, et même invariablement respecté, il présentera des inconvénients tout comme des avantages.

Idéalement, cette certitude et cette prévisibilité ne devraient pas devoir être recherchées dans la jurisprudence : elles devraient s'incarner dans la première source du droit civil qu'est la loi. Mais parce qu'une législation parfaitement conçue, parfaitement exprimée conformément à sa conception parfaite et uniformément comprise par tous est une législation invraisemblable, la prévisibilité et la certitude de la loi devront être recherchées dans les interprétations que les tribunaux de droit civil en feront.

Conséquemment, nous entendrons par jurisprudence, mot qui recèle six ou sept sens différents,⁵ l'ensemble des décisions de justice rendues pendant une certaine période par les tribunaux judiciaires en matière de droit civil.⁶ Le fait que la jurisprudence, ou *jurisprudencia*, ait déjà été la science du droit, et donc autre chose que l'affaire des juges, semble avoir été oublié. Pourtant, jurisprudence et jurisprudence des tribunaux n'ont pas toujours été synonymes.⁷

Nous nous proposons d'examiner la sécurité juridique que l'activité des tribunaux de droit civil est en mesure d'offrir au citoyen, de façon à maintenir chez lui une sorte de «confiance légitime» : c'est la sécurité qui entraîne la confiance, cette dernière ne sachant exister sans la première, puisqu'elle en découle. Or, en droit civil, certains facteurs nous rapprochent du principe de sécurité juridique et certains facteurs, parfois les mêmes, mais vus sous un angle différent, nous en éloignent.

5. Voir P. Jestaz, «La jurisprudence, ombre du contentieux», D. 1989, Chr. aux pp. 149-153.

6. Ce qui est conforme à l'une des définitions proposées par Cornu : G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, Paris, P.U.F. 1990 à la p. 461.

7. F. Zenati, *La jurisprudence*, Paris, Dalloz, 1991 aux pp. 106-107.

I - FACTEURS D'APPARENTE SÉCURITÉ JURIDIQUE

A. La séparation des pouvoirs

Le principe de la séparation des pouvoirs législatif et judiciaire, qui ne semble pas toucher les matières administratives dans les pays entièrement et uniformément civilistes,⁸ exige que le législateur n'intervienne pas dans les affaires soumises aux tribunaux et que, symétriquement, les tribunaux évitent de modifier la loi dans l'interprétation qu'ils sont appelés à en faire. Ce principe, consacré par la Constitution en France, est autrement reconnu et invoqué au Canada, où il est omniprésent.⁹ En écartant le législateur du processus judiciaire, la séparation des pouvoirs pourrait susciter chez le citoyen l'assurance que le juge sera libre de sa décision, que le droit ne changera pas en cours de litige, et que la décision rendue à l'issue du litige recevra son plein effet.¹⁰ Mais est-ce bien le cas?

L'absence de sanctions qui viendrait conférer une force obligatoire au principe de séparation des pouvoirs tend à en diminuer l'effet. Ainsi, la souveraineté du législateur étant plus forte que le principe de séparation des pouvoirs, ce dernier peut toujours choisir de s'interpréter lui-même, et contredire par une loi interprétative une jurisprudence déjà élaborée.¹¹ Par ailleurs, peu de causes sont susceptibles d'être décidées par un texte précis en droit civil,¹² de sorte que les tribunaux sont appelés à jouer un rôle créateur incompatible avec le respect absolu de la séparation des pouvoirs.

Tandis que le pouvoir législatif empiète volontairement sur le pouvoir judiciaire, ce dernier empiète par nécessité sur le premier, minant un principe

8. M. Lesage, *Les interventions du législateur dans le fonctionnement de la justice : contribution à l'étude du principe de séparation des pouvoirs*, Paris, L.G.D.J., 1960 à la p. 17.

9. L.B. Tremblay, *The Rule of Law, Justice, and Interpretation*, Montréal, McGill-Queen's University Press, 1997 aux pp. 189-190.

10. Lesage, *supra* note 8 à la p. 20.

11. Par exemple, l'adoption d'une loi interprétative en cours d'instance pourrait changer le sort d'une cause pendante; le problème des lois interprétatives est traité plus loin.

12. Portalis, cité par M. Kdhir, «Vers la fin de la sécurité juridique en droit français?», (1993) 46 *La Revue administrative*, 538 à la p. 540.

qui serait autrement susceptible de contribuer à la notion de confiance légitime dans la jurisprudence des tribunaux.

B. L'indépendance et l'inamovibilité des juges

L'indépendance des juges se veut le gage de leur impartialité :

«Le juge doit bénéficier d'une totale indépendance à l'égard de tous et, spécialement, à l'égard du pouvoir exécutif : l'indépendance est inhérente à la fonction de juge.»¹³

Assurée par diverses garanties institutionnelles, elle découle naturellement du principe de la séparation des pouvoirs législatif, exécutif et judiciaire qu'elle se trouve à confirmer. Par exemple, la sécurité financière des juges de la Cour supérieure du Québec est assurée par le Parlement et non par le gouvernement, en vertu de l'article 100 de l'*Acte de l'Amérique du Nord Britannique de 1867*. Elle vise à placer chaque juge dans une position telle que l'exercice de son pouvoir sera le fruit d'un processus intellectuel fondé sur la loi et la raison, plutôt que sur un raisonnement contaminé par des influences extérieures comme l'inquiétude de voir sa responsabilité personnelle engagée, la tentation de céder à des pressions indues, la crainte de perdre des avantages matériels, ou la simple crainte de déplaire aux appareils législatif et exécutif.

L'inamovibilité des juges avant l'âge de soixante-quinze ans est une garantie de leur indépendance. Elle vise à les affranchir de l'emprise de l'exécutif : «Dire d'un juge qu'il est inamovible signifie qu'il ne peut faire l'objet d'une mesure individuelle quelconque prise à son encontre par le gouvernement».¹⁴ L'inamovibilité des juges bénéficie d'une protection constitutionnelle, puisque l'article 99 de la *Loi constitutionnelle de 1867* rend la procédure de révocation d'un juge d'une Cour supérieure si onéreuse qu'elle en devient presque impraticable. Les juges de la Cour du Québec et des cours municipales de Laval, Montréal et Québec ne peuvent non plus être relevés de leurs fonctions, à moins d'une enquête sur requête du ministre de la Justice

13. R. Perrot, *Institutions judiciaires*, 4^e éd., Paris, Montchrestien, 1992 à la p. 329.

14. *Ibid.*

(articles 95 et 279 de la *Loi sur les tribunaux judiciaires*). En fait la destitution d'un juge québécois, qu'il relève du fédéral comme les juges de la Cour supérieure, ou du provincial comme les autres juges, ne relève pas de la discrétion des ministres de la justice, mais d'un processus complexe dans lequel l'appareil judiciaire joue un rôle de premier plan.

L'indépendance et l'inamovibilité des juges ayant juridiction au Québec, quoiqu'elles ne soient pas sans problèmes, s'harmonisent avec la conception philosophique que nous avons de la confiance légitime envers la jurisprudence des tribunaux. À partir de ces deux principes, le justiciable peut au moins se dire que la décision du juge ne sera pas faussée par la crainte de représailles étatiques, et qu'une objectivité optimale s'en trouvera favorisée.

C. La règle du précédent

«L'obligation de respecter le précédent est un élément important de sécurité juridique».¹⁵ Toutefois, cette obligation n'existe pas en droit civil, où chaque juge pourra interpréter la loi à l'aide des jugements antérieurs, mais sans être lié par ces derniers, puisque la «règle» du précédent n'a qu'une valeur persuasive. En effet, dans la conception civiliste du droit, la jurisprudence ne fait que compléter les principes exprimés par le législateur sous forme de codification¹⁶ ce qui la rend davantage «contradictoire et instable».¹⁷ La règle du précédent ne doit pas être confondue avec celle, plus contraignante, du *stare decisis* qui a cours en *common law*.

Même si, à première vue, la règle du précédent judiciaire pourrait constituer un facteur de confiance et de stabilité, son emploi facultatif et irrégulier, à partir d'un corpus de décisions arbitrairement sélectionnées,¹⁸ l'empêche de remplir ce rôle. Nous y reviendrons, en examinant plus loin la règle du précédent comme facteur d'insécurité juridique.

15. Kdhir, *supra* note 12 à la p. 542.

16. H. Mazeaud et al., *Leçons de droit civil*, t. 1, Paris, Montchrestien, 1983 à la p. 95.

17. Kdhir, *supra* note 12 à la p. 541.

18. Voir ci-dessous Partie II D).

D. La chose jugée ou *res judicata*

C'est l'interdiction de revenir sur l'objet de la décision, une fois expirés les délais d'appel : ce qui a été jugé ne peut être remis en cause dans l'avenir. C'est une sécurité à venir qu'engendre la chose jugée, sécurité bien différente de la notion de confiance s'enracinant dans le présent et exigeant qu'on puisse répondre à la question : quel est l'état du droit actuel à la lumière de la jurisprudence?

La seule perspective de la chose jugée peut ainsi desservir la sécurité actuelle et présente du droit, par exemple quand la situation en litige est destinée à se heurter à une loi interprétative (loi postérieure par laquelle le législateur interprète lui-même sa loi antérieure, laquelle se trouve rétroactivement soumise à cette interprétation), laquelle a un effet rétroactif malgré tout jugement rendu entre-temps à l'effet contraire. Dans ce cas, les jugements à l'effet contraire, qui sont chose jugée, ne pourront être révisés à la lumière de la loi nouvelle. La chose jugée, dans ce dernier cas, est de nature à entamer toute amorce de confiance légitime : comment le citoyen serait-il rassuré à l'idée de ne pouvoir revenir sur une décision défavorable même si une loi vient ultérieurement lui donner raison? Certes, vue sous l'angle de son adversaire, la chose jugée sera source de sécurité juridique, mais une sécurité qui n'est pas symétrique ne constitue pas une sécurité.

En plus d'offrir une sécurité à venir, sécurité parfois même unilatérale, l'interdiction de revenir sur l'objet de la décision crée une sécurité toute relative : elle ne vaut qu'entre les mêmes parties, quant aux mêmes faits et au même objet.¹⁹ Elle laisse les parties à la merci des tiers, et empêche de surcroît les tiers de se fier au principe émis dans le jugement :

«L'autorité relative de la chose jugée s'oppose à ce que la solution qui se dégage d'un jugement soit invoquée contre une personne qui n'a pas été partie au procès. Si un jugement pose un principe, ce principe ne peut être considéré comme contraignant pour les tiers.»²⁰

19. Perrot, *supra* note 13 à la p. 530.

20. Zenati, *supra* note 7 aux pp. 122-123.

Pour ces raisons, le principe de la chose jugée ne fonde pas une véritable certitude juridique, même s'il semble s'en approcher.

E. L'obligation de motiver les jugements

La motivation des jugements est obligatoire en droit de tradition civiliste. Elle se veut «une garantie contre tout danger d'arbitraire».²¹ Sans satisfaire pleinement cette ambition, l'obligation de motiver constitue certainement un facteur de sécurité du droit : connaissant les motifs d'une décision passée, l'interprète actuel sera mieux en mesure de connaître l'état du droit, et d'anticiper les décisions à venir. Il faudrait toutefois que les jugements des tribunaux soient eux-mêmes source de sécurité pour que leur motivation vienne affirmer cette même sécurité.

Par ailleurs, en favorisant la création du droit par les juges et en multipliant ainsi le risque d'arbitraire, la motivation des jugements offre une garantie que nous pourrions qualifier de réversible :

«Initialement imposée pour contraindre le juge à appliquer la loi, la motivation devient le vecteur privilégié de l'expansion du précédent judiciaire. Elle permet [...] de dégager la raison de juger, c'est-à-dire le principe appliqué ou *créé* par le juge pour la solution du procès.»²²

Ici encore, ce qui semble favoriser la notion de confiance légitime devient paradoxalement une source potentielle d'insécurité.

II - FACTEURS D'INSÉCURITÉ JURIDIQUE

A. La règle du précédent

Le *stare decisis* est une obligation de *common law* qui soumet les décisions des tribunaux inférieurs à celles des tribunaux hiérarchiquement supérieurs, et qui impose les décisions antérieures aux décisions subséquentes, fussent-elles issues d'une même Cour. La règle du *précédent* constitue pour sa

21. Perrot, *supra* note 13 à la p. 589.

22. Zenati, *supra* note 7 à la p. 62.

part une notion civiliste, essentiellement étrangère à la *common law*, et qui crée non pas une obligation de «s'en tenir à ce qui a été dit», mais bien une force de persuasion relevant d'une autorité plus morale et utilitaire que juridique. Le précédent de droit civil ne lie donc pas le tribunal :

«À la différence du précédent anglo-saxon où le *stare decisis* (s'en tenir à ce qui a été dit) s'impose juridiquement, le précédent français n'a pour lui que l'autorité morale et la commodité psychologique.»²³

Nous avons vu que la règle du précédent pouvait, à première vue, susciter la confiance envers la jurisprudence des tribunaux en droit civil. Examinons maintenant les certitudes et les incertitudes se rattachant au précédent judiciaire et à l'usage qu'en font les tribunaux.

Le statut, le rôle et l'autorité de la jurisprudence sont fondamentalement différents en droit civil et en *common law*. Premièrement, la jurisprudence en droit civil est une source secondaire de droit; deuxièmement, son rôle n'est pas d'assurer la cohérence et la stabilité du droit mais plutôt d'appliquer une loi générale et abstraite à des situations concrètes; troisièmement, sa fonction n'est pas de contraindre les tribunaux mais bien de les guider.

La *common law* repose sur la jurisprudence et obéit à un raisonnement inductif, allant ainsi du particulier au général, c'est-à-dire partant d'un cas particulier pour en tirer une règle applicable (sous forme de jugement). Le droit civil quant à lui repose sur la loi et obéit à un raisonnement déductif, allant ainsi du général au particulier, c'est-à-dire partant d'une règle générale (la loi) pour l'appliquer à un cas particulier.²⁴ Le statut de la jurisprudence, qui est la première source du droit en *common law*, est donc hiérarchiquement inférieur en droit civil, où la jurisprudence ne sert officiellement qu'à interpréter le droit et non pas à le créer, ce qui est d'abord le rôle de la loi.²⁵

23. B. Starck, *Introduction au droit*, 3^e éd., Paris, Litec, 1991 à la p. 341.

24. W. Friedmann, «Stare Decisis at Common Law and under the Civil Code of Quebec» (1953) 31 Can. Bar Rev. 723 à la p. 724.

25. C. Lemieux, «Éléments d'interprétation en droit civil» (1994) 24 R.D.U.S. 221 aux pp. 231-232.

Une jurisprudence hiérarchiquement inférieure est moins susceptible d'offrir une quelconque sécurité : d'abord, elle ne constitue pas la règle mais se contente de l'interpréter; ensuite, elle n'a pas à être suivie dans les interprétations ultérieures qui seront faites de la même règle de droit. Que faire d'une jurisprudence qui n'est ni une règle, ni une interprétation définitive de la règle? L'auteur Walton en prescrivait ainsi l'usage :

«[L]orsqu'on ne peut résoudre une question ni par une référence aux autres articles du code, ni par les commentaires des codificateurs, les décisions rendues sur la question constituent le meilleur guide auquel on puisse se fier ensuite.»²⁶

Or la nature d'une codification de droit civil se prête difficilement au respect, par la jurisprudence qui se développe autour, d'une certaine rigidité indissociable de la notion de confiance. Ce qui est vrai en France l'est également ici :

«La loi [...] apparaît comme un mode rationnel d'élaboration du droit dont la perfection formelle met cruellement en lumière l'anarchie structurelle de la production jurisprudentielle. [...] Outre le fait qu'elle s'élabore de manière localisée et circonstancielle, la jurisprudence se voit reprocher une genèse chaotique et contradictoire [...]»²⁷

La majorité de la doctrine confirme cette réserve à l'endroit de la jurisprudence de droit civil. On comprendra donc que le civiliste préfère chercher sa sécurité dans la loi avant de la chercher dans la jurisprudence. Trouvera-t-il dans la loi la sécurité que la jurisprudence ne peut lui offrir? C'est une toute autre question; compte tenu de l'abondance des lois expressément rétroactives au Québec, abondance contre laquelle personne ne semble s'insurger, la loi n'est même plus en mesure d'offrir au citoyen la certitude qu'il vit sous l'empire de règles présentes et non sous celles de règles futures, dont la teneur est forcément occulte.

26. F.P. Walton, *Le domaine et l'interprétation du Code civil du Bas Canada*, Toronto, Butterworths, 1980 à la p. 104.

27. Zenati, *supra* note 7 à la p. 266.

Mais revenons à la jurisprudence. Dans les faits, et malgré son statut de seconde source du droit, elle tient un grand rôle dans l'interprétation du droit civil au Québec. C'est sans doute en raison du voisinage de la *common law* que les juges québécois sont devenus de grands consommateurs de jurisprudence. Les tribunaux sont portés à suivre les décisions qu'ils ont déjà rendues, les juges qui les président portant, parfois dans une même journée, le double chapeau de civilistes et de *common lawyers*. Encore plus souvent, et bien que rien ne les y oblige, les tribunaux suivront les décisions des tribunaux supérieurs. Dans ce dernier cas, ils sont mûs par des incitatifs très concrets : aucun juge n'aime voir sa décision infirmée en appel. Toutefois, cette habitude informelle est trop incertaine et imprévisible pour pouvoir en tirer la conclusion que la jurisprudence en droit civil québécois offre certitude et prévisibilité.²⁸

B. La loi interprétative

La loi interprétative est celle «[qui] tend, de la part de l'auteur d'un acte, à clarifier celui-ci par un éclaircissement destiné à s'incorporer à l'acte interprété».²⁹ Elle est interprétative de la volonté du législateur. Il s'agit d'une loi purement explicative, destinée à interpréter une loi précédente pour en préciser le sens et la portée.³⁰ Elle prétend ne pas pouvoir excéder le rôle qu'un juge aurait pu exercer dans l'interprétation de la même loi. Il s'agit donc d'un mode de réparation, qui officiellement reconnaît l'interprétation comme relevant du judiciaire.³¹

28. La question de savoir si le *stare decisis* est une source de véritable sécurité réside dans une comparaison entre nos deux systèmes de droit, comparaison dont l'ampleur dépasse l'objet de notre propos; toutefois, on reconnaît que «l'obligation de respecter le précédent est un élément important de sécurité juridique» en *common law* : M. Kdhir, *supra* note 12 à la p. 542.

29. Cornu, *supra* note 6 à la p. 443.

30. Perrot, *supra* note 13 à la p. 32; G. Cornu, *Droit civil : introduction, Les personnes, Les biens*, 5^e éd., Paris, Montchrestien, 1991, p. 127 [ci-après *Droit civil*].

31. *Droit civil*, *ibid.* à la p. 130 note 35.

Malgré cet énoncé de principe, sous le couvert de la loi interprétative, le législateur souverain pourra toujours se substituer au juge pour s'interpréter lui-même de façon substantielle et non simplement formelle.³²

Mais le problème de cette loi est surtout d'être, par essence même, rétroactive : la disposition interprétative s'incorpore à la loi interprétée et est censée en faire partie depuis son adoption. Elle intervient pour dire ce qui a toujours été (ou ce qui aurait toujours dû être), en dépit des malencontreuses interprétations contraires qui auraient pu intervenir entre-temps, c'est-à-dire malgré les jugements intervenus entre la loi à interpréter et la loi venant subséquemment interpréter cette dernière. Bien qu'elle n'invalide pas les jugements déjà rendus, la loi rétroactive vient démontrer qu'au moins l'une des parties à un litige réglé, et dont les délais d'appel sont échus, aura eu tort de se fier au tribunal : les jugements rendus avant l'intervention du législateur ont force de chose jugée.³³

Outre leur mépris de la séparation des pouvoirs, puisqu'elles peuvent constituer une immixtion du législatif dans le champ du judiciaire, le caractère rétroactif de ces lois fait problème et ouvre la porte à de dangereux abus en ce qui concerne la sécurité du citoyen et la prévisibilité des règles. La rétroactivité d'une règle de droit est certainement la pire menace pour la sécurité et la prévisibilité du droit. Or, la loi interprétative offre au législateur la malheureuse possibilité de déguiser une rétroactivité substantielle en loi interprétative. Ce danger de rétroactivité déguisée a été souligné par maints auteurs français :

«[...] pour qu'une loi soit vraiment interprétative, il faut qu'il y ait eu matière à interprétation, qu'il y ait eu une controverse à résoudre (que les tribunaux auraient pu résoudre par leurs propres moyens, quoique plus péniblement, si la loi n'était intervenue). Or, il arrive que le législateur, abusivement, déclare interprétative une loi nouvelle qui est

32. La loi interprétative n'a rien à voir avec le référé législatif, qui était fondé sur l'idée que l'auteur d'une règle est mieux placé que quiconque pour en dévoiler le sens (a fonctionné de 1790 à 1837, pour les assemblées parlementaires). Tandis que les lois interprétatives sont un mode de réparation qui reconnaît l'interprétation comme relevant du judiciaire : *ibid.*

33. Voir à propos de la chose jugée, ci-dessus Partie I D).

en réalité modificative d'une loi antérieure, afin de la rendre rétroactive sans l'avouer.»³⁴

Au Québec et en matières civiles, la possibilité pour le législateur d'adopter en toute impunité des lois expressément rétroactives le délivre de la nécessité de déguiser une loi rétroactive en simple loi interprétative, mais la tentation demeure pour lui de ce faire, quand on sait que l'abus des lois rétroactives devra tôt ou tard être dénoncé.

Pour l'avenir, la loi interprétative doit s'analyser «comme un ordre donné par le législateur aux tribunaux et leur enjoignant de modifier leur interprétation».³⁵ À l'époque où le législateur croyait encore nécessaire de se justifier, il justifiait son droit d'interpréter ses propres lois par cette maxime maintenant oubliée : *ejus est legem interpretari, cujus est condere*.³⁶ Maintenant, les lois interprétatives ne semblent plus mériter de justification.

C. Les Commentaires du ministre de la Justice

Entre la sanction (1991) et l'entrée en vigueur (1994) du *Code civil du Québec* est apparue une édition officielle des *Commentaires du ministre de la Justice*³⁷ sur ce nouveau code. Les commentaires du ministre de l'époque n'ont pas le statut de travaux préparatoires. Ils équivalent en quelque sorte à des travaux d'interprétation de la loi : ils représentent l'opinion d'un ministre sur une loi déjà adoptée. En conséquence, ils ont une simple valeur de doctrine.³⁸

Pourtant, et même quand les *Commentaires du ministre de la Justice* changent la substance des articles commentés (exemple : le commentaire de l'article 903 C.c.Q. en matière d'immeubles), le premier réflexe des juges et

34. J. Carbonnier, *Droit civil : Introduction*, 23^e éd., Paris, P.U.F., 1995 à la p. 204; voir aussi *Droit civil*, *supra* note 30 : «[...] c'est un mode marginal (d'interprétation des lois), en droit et en fait. Il a ses dangers (conférer subrepticement une rétroactivité à une loi qui, sous couvert d'interprétation, modifie [...])»; Starck, *supra* note 23 à la p. 237.

35. Lesage, *supra* note 8 à la p. 104.

36. Traduction libre : «À celui qui crée la loi il appartient de l'interpréter».

37. Québec, Ministère de la justice, *Les publications du Québec*, 1993, 3 tomes.

38. Lemieux, *supra* note 25 à la p. 251.

juristes sera de les trouver rassurants, et de conclure qu'ils sont aussi indispensables que substantiels. Ces commentaires ne sont pas adoptés par le Parlement, et pourtant :

«[ils] sont invariablement consultés par les interprètes du nouveau *Code*. Or [...] leur poids mériterait d'être questionné, et leur contenu ne nous paraît pas incontestable. Un argument milite pourtant en faveur de leur importance; c'est que l'interprète, citoyen ou juriste, aura pu s'y fier et adapter sa conduite en conséquence, de sorte que la certitude du droit pourrait souffrir de leur mise à l'écart.»³⁹

Les commentaires du ministre créent en quelque sorte un malentendu lourd de conséquences : si la jurisprudence ne les suit pas, ils risquent d'avoir créé chez le citoyen une fausse confiance; si la jurisprudence les suit invariablement, elle les érige en fausse législation et leur donne un statut qui ne leur revient pas. Dans un cas comme dans l'autre, nous croyons malheureusement que ces commentaires sont davantage une source de confusion que de lumière.⁴⁰

Bref, nous croyons qu'ils peuvent créer chez le justiciable une fausse sécurité et que, par là même, ils sont source d'insécurité. Plus ils serviront de *ratio decidendi* dans les jugements, plus ils contribueront à l'insécurité que, nous l'espérons, ils auraient voulu dissiper.

D. L' inaccessibilité des jugements

Pour fonder une certaine confiance, la jurisprudence doit être prévisible et relativement stable (encore qu'elle ne doit pas empêcher le droit d'évoluer). Mais elle doit en outre être accessible.⁴¹ Au Québec, cette accessibilité dépend entièrement du monopole de la Société québécoise d'information juridique, plus simplement appelée la Soquij. Cette société d'État exerce une influence directe, imposante et contestable. La vieille maison d'édition Wilson et Lafleur

39. *Ibid.* à la p. 252.

40. Pour emprunter les mots qu'avait le regretté Henri Capitant à propos d'une toute autre chose; les travaux préparatoires : H. Capitant, «Les travaux préparatoires et l'interprétation des lois» dans *Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de François Gény*, t. 2, Paris, Duchemin, 1977, 204 à la p. 213 et s.

41. Voir, entre autres, Foussard, *supra* note 4 à la p. 18.

a justement contesté ce monopole sur les courants jurisprudentiels devant la Cour supérieure du Québec, mais a été déboutée.⁴²

Les jugements de la Cour d'appel, de la Cour supérieure, de la Cour du Québec et des autres tribunaux parviennent tous à Soquij. À cette étape, une équipe d'avocats et de notaires, qu'on appelle des arrêlistes, lit tous ces jugements et sélectionne ceux qui seront publiés, et qui deviendront donc accessibles. Environ un jugement sur cinq sera publié, les autres seront détruits.⁴³ Pour obtenir ceux qui n'auront pas été retenus pour publication par les arrêlistes, il faudra d'abord connaître leur existence, ce qui relève de la chance, ensuite s'adresser au greffe du tribunal qui les a rendus, et enfin payer un prix assez élevé pour en obtenir copie.

C'est donc dire que la sélection et la diffusion du droit tel qu'interprété par les tribunaux québécois sont soumises à l'arbitraire d'une société d'État; des jugements hermétiques et plus ou moins confidentiels ne peuvent former ce qu'il convient d'appeler une jurisprudence. L'accessibilité de la jurisprudence est entravée par le monopole de Soquij, et la sécurité du droit jurisprudentiel en souffre.

Même sans ce monopole étatique, la véritable «création» de la jurisprudence reviendrait quand même à des éditeurs. Si ce moindre mal pouvait susciter une amorce de confiance, elle pourrait encore se trouver diluée, dirigée et même manipulée par le pouvoir occulte des éditeurs.⁴⁴ La pléthore de jugements rendus empêche donc, pour des raisons pratiques, l'accessibilité de la jurisprudence. Cependant, la sélection des jugements susceptibles de former le droit applicable ne devrait surtout pas reposer sur une société d'État, et l'obtention des jugements devrait être gratuite.

42. *Wilson & Lafleur ltée c. La Société québécoise d'information juridique*, [1998] R.J.Q. 2489 (C.S.).

43. *La Presse [de Montréal]* (22 avril 1998) A-12.

44. Foussard, *supra* note 4 à la p. 19.

E. Le problème plus général de l'interprétation

La question de l'interprétation du droit par les juges constitue un facteur d'incertitude plurielle. Même si le rôle créateur de l'interprète peut, et doit être questionné, sa réalité ne saurait être discutée. Elle participe de la nature même du droit de *common law* :

«Ce qu'il faut bien voir est que, lorsqu'on parle des juges comme étant des créateurs de droit, on ne fait qu'exprimer une évidente banalité; il va de soi que toute interprétation a un caractère de création, que toute interprétation judiciaire est *law making*. Pour citer [...] Lord Radcliffe : [...] il n'y a jamais eu de controverse plus stérile que celle touchant la question de savoir si le juge contribuait à créer le droit. Il est patent qu'il en est ainsi. Comment pourrait-il en être autrement?»⁴⁵

Mais c'est aussi une réalité de longue date en droit civil. Sans répondre aux mêmes impératifs, la création du droit par les juges civilistes est inévitable, puisqu'aucun juge ni juriste ne peut échapper au glissant travail de l'interprétation d'une part, et que, d'autre part, toute interprétation recèle une part de subjectivité qui fait forcément appel à une forme de création. En matière de droit civil, la facture même de la loi, énoncée sous forme de principes généraux et ignorante des détails, incite à l'activité interprétative, provoque le recours aux arguments logiques extensifs *a pari* et *a fortiori*, et appelle une interprétation dynamique capable de traverser le temps.⁴⁶ Malgré tout, la prise de conscience de la communauté juridique québécoise en ce qui concerne le rôle créateur du juge est survenue tardivement : la reconnaissance, parfois désolée, de cette réalité a dû faire lentement son chemin. L'explication réside sans doute dans la complexité du système québécois.

Les juges québécois sont, lorsqu'ils entendent des causes de *common law*, soumis à la règle contraignante du *stare decisis*, tandis qu'ils sont, lorsqu'ils entendent des causes de droit civil, soumis à la seule autorité morale de précédents qui ne sauraient les lier. Nous avons déjà évoqué le problème de

45. M. Cappelletti, *Le pouvoir des juges*, Paris, Economica et Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 1990 à la p. 33.

46. Voir Lemieux, *supra* note 25.

confusion des rôles qui en découle.⁴⁷ Le paradoxe est bien rendu par les auteurs Brierly et Macdonald :

«[...] the absence of a separate Civil law division in Quebec courts means that a specific methodology appropriate to codal interpretation has not been developed. At the same time that judges were deciding cases under the Civil Code, they were also adjudicating disputes from other fields of law (criminal law, admiralty, administrative, and municipal law) [...]»⁴⁸

Cette situation prétend obliger les juges à «s'en tenir à ce qui a été dit» par la jurisprudence d'une part, et à interpréter activement des lois énoncées sous forme de principes généraux d'autre part. Créateurs de droit autorisés en *common law*, ils n'en sont pas moins bâillonnés par les créations antérieures de leurs collègues (même s'il leur est possible d'établir une distinction par rapport aux précédents). Simples interprètes de la loi en droit civil, ils n'en sont pas moins obligés de créer du droit, puisque les codifications de droit civil ne cherchent pas à prévoir des situations, mais bien à édicter des normes.

Du seul fait de leur travail d'interprétation, les juges se retrouvent donc créateurs de droit, ce qui amène l'auteur et juge Albert Mayrand à souligner que la loi «[...] commande au juge de l'interpréter. Cette mission oblige le juge à lire entre les lignes de la loi mais, c'est fatal, tous n'y lisent pas la même chose».⁴⁹

Or cette difficile mission de création, longtemps niée, ensuite occultée, et enfin reconnue quoique avec une certaine répugnance, ne répond à aucune autre balise que le texte du législateur : «[...] le résultat auquel conduit le processus d'interprétation du juge n'est jamais prédéterminé de façon non équivoque et mécanique».⁵⁰

47. Voir ci-dessus Partie I B).

48. J.E.C. Brierly et R.A. Macdonald, *Quebec Civil Law*, Toronto, Emond Montgomery, 1993 à la p. 53.

49. A. Mayrand, «L'autorité du précédent au Québec» (1994) 28 R.J.T. 771 à la p. 797.

50. Cappelletti, *supra* note 45 à la p. 33.

Hors texte, et sans la contrainte du *stare decisis* anglais, l'interprète civiliste est théoriquement imprévisible; comment dès lors parler de prévisibilité du droit et de sécurité juridique?

CONCLUSION

En somme, l'examen de la jurisprudence, fait à la lumière de la doctrine, révèle que le concept de confiance légitime ne fait pas partie du droit civil québécois. Tout au plus, et sans bénéficier d'un statut juridique particulier, il est tissé sur la toile du principe général de sécurité du droit, principe dont on a pu constater qu'il souffre de nombreuses entorses.